

論
説

生存権をめぐる司法消極主義と積極主義 (一)

中 谷 実

一 はじめに

二 消極主義のテクニク

《消極主義 I》

(一) 「処分性なし・訴えの利益なし」テクニク (以上、本号)

一 はじめに

日本国憲法は、社会国家の理念の下、憲法二五条一項において、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」とし、二項において、「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」として、生存権を規定した。¹⁾ この規定を受けて、昭和二五年、社会

保障制度審議會は、その後のわが国の社会保障制度の枠組となつた「社会保障制度に関する勧告」⁽²⁾を行つた。わが国の社会保障法制は、昭和三〇年代後半以降、経済成長に支えられ、それなりに整備されるに至つたが、近年の少子高齢化、経済の低成長、国の財政状況の悪化などを背景に、社会保障の構造改革が進められている。⁽³⁾

本稿は、この半世紀の間に、憲法二五条違反、さらに、憲法一四条、一三条、二六条等の違反が問題になつた生存権にかかわる事件をできるだけ網羅的に取り上げ、⁽⁴⁾最高裁の多数意見（全員一致を含む）、補足意見、少数意見、さらに、下級審に見られる様々な憲法判断のテクニクを、筆者の消極主義、積極主義の枠組をもつて整理・分析し、さらに、各テクニクを支えていると思われる「生存権観」や「司法哲学」⁽⁶⁾を抽出するとともに、個々の判例に対する学説の対応をも検討しようとするものである。⁽⁷⁾

以下、本稿は、次のような生存権訴訟を取り上げる（以下に記す条文は、いずれも訴訟当時のものである。なお、同一事件であっても、争点が複数ある場合、争点ごとに別個に扱うことを基本とした）。

A 併給・受給制限関係

① 児童扶養手当と障害福祉年金の併給を禁止する児童扶養手当法四条三項三号の規定およびこれに基づく処分が問題になつた。

以下、〈併給（障害福祉年金・児童扶養手当）〉と略し、判決の冒頭に記す。〈／★〉の★は訴訟類型を示す。たとえば、〈／取消〉は、行政訴訟の取消訴訟を、〈／国賠〉は、国賠訴訟で争われたことを意味する。

② 障害福祉年金受給権者は老齢福祉年金の支給を受けられないとする国民年金法二〇条の規定とこれに基づく処分が問題になつた。

以下、〈併給（障害福祉年金・老齢福祉年金）〉と略す。

- ③ 老齢福祉年金の受給権者が公的年金給付（普通恩給）を受けることができる場合、老齢福祉年金の支給を停止する国民年金法七九条の二第六項とこれに基づく支給停止処分が問題になった。

以下、〈併給（普通恩給・老齢福祉年金）〉と略す。

- ④ 老齢福祉年金における夫婦受給制限を規定する国民年金法七九条の二第五項が問題になった。

以下、〈受給（夫婦）〉と略す。

- ⑤ 労働者災害補償保険法に基づき支給する傷病補償年金と、厚生年金保険法に基づき支給する障害年金との併給調整を定めた労働者災害補償保険法別表および同法施行令が問題になった。

以下、〈併給（傷病補償年金・障害年金）〉と略す。

- ⑥ 旧国民年金法上の障害福祉年金から裁定替えとなった障害基礎年金に係る併給調整規定が問題になった。

以下、〈併給（障害基礎年金）〉と略す。

B 生活保護関係

- ① 兄から仕送りがあったため、生活保護費が減額され、生活保護法八条に基づく厚生大臣の設定した保護基準が問題となった。

以下、〈生活保護（仕送り）〉と略す。

- ② 生活保護費の増額申請が却下されたことが問題になった。

以下、〈生活保護（増額申請）〉と略す。

- ③ 生活保護申請却下処分の取消訴訟を迫行するために要した弁護士費用は生活保護の対象となるかが問題になった。

以下、〈生活保護（弁護士費用）〉と略す。

④ 学資保険加入による生活保護費減額が問題になった。

以下、〈生活保護(学資保険)〉と略す。

⑤ 生活保護費に公衆浴場への交通費等が含まれるかが問題になった。

以下、〈生活保護(交通費)〉と略す。

⑥ 生活保護費の算定において、世帯員外介護費基準の認定額が著しく低いことや、同介護が認定されなかったことが問題となった。

以下、〈生活保護(世帯員外介護費)〉と略す。

⑦ 生活保護費の算定において、県心身障害者扶養共済年金を収入として認定したことが問題になった。

以下、〈生活保護(共済年金)〉と略す。

⑧ 自動車の所有、借用及び仕事以外での運転を一切禁止する旨の指示に違反したためになされた生活保護廃止処分が問題になった。

以下、〈生活保護(自動車)〉と略す。

⑨ 生活保護費から蓄えた預貯金を理由とする生活保護費減額処分が問題になった。

以下、〈生活保護(預貯金)〉と略す。

⑩ 生活保護受給者の母が受ける障害基礎年金を収入認定し、生活保護費を減額したことが問題になった。

以下、〈生活保護(障害基礎年金)〉と略す。

C 児童扶養手当関係

① 児童扶養手当の支給開始が出生の日まで遡及しないとすると児童扶養手当法七条一項が問題になった。

以下、〈児童扶養手当(開始日)〉と略す。

② 知事が児童扶養手当制度の周知徹底を怠ったことが問題になった。

以下、〈児童扶養手当(周知)〉と略す。

③ 父から認知された児童には児童扶養手当を支給しないとする児童扶養手当法施行令一条の二第三号の括弧書が問題となった。

以下、〈児童扶養手当(資格喪失)〉と略す。

D 老人福祉関係

① 老人福祉法一〇条の四第一項一号の規定に基づく自治体によるホームヘルパー派遣申請に関して、変更措置や申請を不承認ないし部分承認としたことが問題となった。

以下、〈ヘルパー(不承認)〉、〈ヘルパー(変更措置)〉と略す。

E 労働者災害補償保険関係

① 労働者災害補償保険法改正法附則五条が、死亡した場合には、遺族給付および葬祭料は支給せず、給付年金額につき平均賃金の四〇日分を減額することとしたことが問題となった。

以下、〈労災(改正)〉と略す。

F 児童福祉関係

① 児童福祉法五六条に基づく市長の保育費用負担額の決定が問題となった。

以下、〈児童福祉(保育費用)〉と略す。

G 国民健康保険関係

① 国民健康保険法八一条の委任に基づいて被保険者の保険料の最高額を定めた市条例が問題となった。
以下、〈国民健康保険(条例)〉と略す。

H 国民年金関係

- ① 死亡するまでの期間に亘じて年金支給総額が変化するなどの仕組を有する国民年金制度そのものが問題になった。

以下、「国民年金制度」と略す。

生存権というテーマは、憲法学において、かつてほど取り上げられることはないが、近年の社会の変化と連動し、学説においても、従来からの権利保障アプローチ⁽⁸⁾の他、市場原理尊重の立場からの福祉国家批判アプローチ⁽⁹⁾、プロセス論の立場からの生存権批判アプローチ⁽¹⁰⁾、さらに、個人の自立という観点からの新しいアプローチ⁽¹¹⁾も登場しており、「生存権」という課題は、人権の根本のみならず、二一世紀における国家のあり方を問うという意味において、優れて今日的課題といえる。本稿は、生存権の領域における裁判所の憲法判断処理のテクニクを網羅的・体系的・時系列的に整理・分析することにより、この分野における妥当な憲法解釈の基礎作業を試みることを課題とするとともに、五十数年にわたる憲法訴訟の全体像をできるだけ精密に、体系的に明らかにしようとする筆者の司法消極主義、積極主義シリーズの一部をなすものである。⁽¹²⁾

注

- (1) 二五条一項の規定は、マツカーサー草案にも、政府草案にもなく、ワイマール憲法一五一条一項——「経済生活の秩序は、すべての者に人間たるに値する生活を保障する目的を持つ正義の原則に適合しなければならない」——の影響を受けた社会党の主張にもとづいて、衆議院の審議の段階で加えられた。政府草案二三条は、「法律ハ有ラユル生活分野ニ於テ社会ノ福祉及安寧、公衆衛生、自由、正義並ニ民主主義ノ向上発展ノ為ニ立案セラレルベキコト」としたが、社会党の憲法改正草案修正意見は、二三条一項として、「すべて国民は健康にして最小限度の文化的水準の生活を営む権利を有する」を挿入し、草案二三条を同二項とするものであった。佐藤達夫（佐藤功補訂）『日本国憲法成立史（第四卷）』七二一頁（一九九四）。二五条一項について、「純

然たるプログラムと解される外国憲法の規定——たとえば、『公共の福祉を増進するため、すべての働く能力のある市民に、その生存を確保するに足る条件で働く可能性を保障するよう努力がなされなければならない』『旨定めるデンマーク憲法七五条一項』『国は、個人および家族に対して、その発展に必要な諸条件を保障する。国は、すべての人、とくに児童、母親および老年労働者に対して、保健、物質的保証、休息および余暇を保障する』『旨定める一九四六年フランス憲法前文』『共和国は、経済措置およびその他の方法により、家庭の形成およびその任務の遂行を、子福者家庭に特別の考慮を払いつつ、助ける』『旨定めるイタリア憲法三一条——とは異なり、一般的・抽象的なながらも、『健康で文化的な最低限度の生活を営む権利』を保障している。

アイルランド憲法四五条一項に明記されているような、単なる『国会に対する一般的な指針』としての『社会政策の基本原則』を駆つた規定ではない。そのかぎり『各人は生活に対する権利……を有する』と定めるボン基本法二条に類似する』という指摘がある。芦部信喜・法協八五巻七号一二四、一二五頁（一九六八）。なお、昭和二十三年に採択された世界人権宣言二三条三項は、『労働する者は、すべて、自己及び家族に対して人間の尊厳にふさわしい生活を保障する公正かつ有利な報酬を受け、かつ、必要な場合には、他の社会的保護手段によつて補充を受けることができる』とする。

(2) この勧告は、社会保障について、『疾病、負傷、分娩、廃疾、死亡、老齢、失業、多子その他困窮の原因に対し、保険的方法又は直接公の負担において経済保障の途を講じ、生活困窮に陥つた者に対しては、国家扶助によつて最低限度の生活を保障するとともに、公衆衛生及び社会福祉の向上を図り、もつてすべての国民が文化的社会の成員たるに値する生活を営むことができるようにすること』とし、① 国家扶助（公的扶助）、② 社会保険（医療保険、年金保険、失業保険、労災保険）、③ 公衆衛生および医療、④ 社会福祉の項目からなる社会保障制度の体系を示した。

(3) 社会保障制度審議會は、その後、時代を反映する勧告を出している。昭和二五年の勧告では、貧困からの救済や貧困の予防が念頭に置かれ、社会保障における国家の責任が強調され、昭和三七年の『社会保障制度の総合調整に関する基本方策についての答申及び社会保障制度の推進に関する勧告』では、経済成長による所得格差の拡大等に対処することがねらいとされていた。平成七年の『社会保障体制の再構築——安心して暮らせる二二世紀の社会を目指して』と題する勧告では、戦後における生活水準の向上を反映し、『健やかで安心して暮らせる生活の保障』が目的とされ、『二一世紀超高齢社会にふさわしい社会保障の再構築がめざされている。以上、加藤智章他『社会保障法』（菊池馨実執筆）四頁（二〇〇一）参照。社会保障制度審議會は、中央省庁等再編に伴い、その機能を経済財政諮問会議および社会保障審議會に引き継がれたが、平成一三年一月五日付の意見書は、今後の社会保障制度のあり方を左右する社会・経済面等での新たな変化として、① 少子化・高齢化の更なる進捗と、特に高齢者の単独世帯および夫婦のみ世帯の急増傾向、② 就業形態の一層の多様化とともに、高水準の失業率、③ 今後長期にわたる経済の低成

長と著しく悪化した国・地方財政の本格的な構造改革の不可避性等を指摘する。そして、社会保障の将来を考えるにあたっての重要な視点として、第一に、社会・経済環境の整備を通じて、社会保障における世代間・世代内、男女間等の平等・公平を目指すこと、第二に、社会保障制度と類似の機能を有する税制との整合性が重要であつて、急速に発展している情報技術の活用などへの取組が必要であること、第三に、人々の生活保障において、政府（公共部門）の基本的な役割は変わらないとしても、今後は民間部門の長所を最大限活用する姿勢が重要であり、その上で公私（官民）の適切な役割分担と相互連携のあり方を柔軟に設計すべきこと等を提言する（<http://www8.cio.go.jp/hoshou/ken/index.html>）。その他、二一世紀に向けての社会保障編集委員会編『二一世紀に向けての社会保障』（二〇〇二）参照。なお、戦後の社会保障法制の展開を、①社会保障の形成（一九四六～）、②皆保険・皆年金体制（一九五八～）、③社会保障制度の充実（一九六〇～）、④社会保障制度の再編（一九八一～）、⑤社会保障構造改革（一九九七～）とする試みについては、加藤他・前掲一〇頁以下参照。

（４）判例の検索において、第一法規判例体系CD-ROMを用いたが、本テーマに関してはあまり有用ではなかった。生存権というキーワードで検索すると二〇〇件の多種多様の判例がヒットする。しかし、そこには、たとえば、実刑判決ゆえに家族が生活困難に陥るとしても、その判決は憲法二五条に違反しないとした最大判昭和三年四月七日（刑集二巻四号二九八頁）をはじめとして、本稿のテーマとはほとんど関係のない多種多様の判例が含まれている（伊藤元裁判官は、多くの事件が、「憲法違反として最高裁で争われる」が、「率直にいつて、その多くは、判例が確立して変更の可能性のほとんどないような主張であるか、法的にみてまずとりあげるに足りない主張である」と指摘されるところである『伊藤正己『裁判官と学者の間』一二四～一二五頁（一九九三）』）。他方、本稿で取り上げるべき判例が、他のカテゴリーに含まれ、検索できないことが多々あった。

（５）消極主義、積極主義という概念は、現実を記述する概念として、また、あるべき司法像を記述する概念としても用いられ、定義も錯綜している。本稿では、現実を記述し、分析するための道具として用いる。中谷実編著『憲法訴訟の基本問題』二〇頁（一九八九）参照。各判例のテクニクを分類する枠組として、筆者は、まず、消極主義と積極主義の二分法を用い、さらに、各々を二分する。『消極主義Ⅰ』は、訴えを事件性を欠くとして却下したり、法律レベルの判断で処理したり、憲法訴訟の当事者適格を欠くとして違憲の争点を提起する資格を否定したりすることにより、憲法判断に入らないで事件を処理するテクニクである。『消極主義Ⅱ』は、憲法判断に入り、法令を合憲として（もしくは合憲であることを前提として）法令を適用し、無罪や処分の取消請求等の主張を斥けるテクニクである。『積極主義Ⅱ』は、法令違憲の場合をいう。『積極主義Ⅰ』は、違憲判断が見られるあらゆる場合から、法令違憲を除いた場合を指す。これには、適用違憲のように違憲の判断が明示される場合の他、表面的には違法レベルの判断であつても、実質的に違憲判断が潜在していると考える場合も広く含める。

(6) 司法哲学という概念のもとに、筆者は、議会制民主主義において違憲審査権をもつ司法権をどのように位置付けるべきかという大局的なスタンス、訴えを裁判所に取り込むべきか否か、憲法判断に入るべきか否か、個々の審査テクニックや救済の方法等のあり方等の判断に内在する司法自身の抱く役割観や憲法解釈観を考えている。

(7) 学説は、当然のことながら、筆者の目についた主要なものに限られる。

(8) たとえば、新井章「憲法二五条と戦後五〇年」法時七二巻六号七一頁（一九九九）。

(9) たとえば、「国家の役割は「ルールの提供・維持にあるばかりでなく、『純粋な意味での公共財』を提供することにも及ぶ」、「公共財とは、他の人びとの利用可能量を減少させることなく、不特定の人びとが消費できる財・サービス」を指す。その典型例が、一般道路、燈台、公衆衛生等である。これらは、ひとたび供給されると、いかなる消費者もその便益の享受から排除されず、等しく消費されうる性質をもつ」、「『生存権』保障や社会保障は、公共財であるか。もし、社会保障が公共財であるとすれば、これを国家が供給することには何の疑問もないばかりか、国家のなすべき当然の課題である」、「また、国家の正当な役割の一つが、所得再分配機能にあるとすれば、あなたの所得から私の所得へ『移転支出』するための社会保障は、『社会国家的公共の福祉』に該当し国家のなすべき当然の課題である、と理解されることになろう」、「社会保障は、公共財の供給ではない。なかでも、現行の社会保障は、『準公共財の提供』として正当化することすらできない状況にある」、「それにもかかわらず、社会保障の大部分は、国家の当然の課題であるかのように捉えられ、租税（または、かたちを変えた租税）を財源として実行され、拡大の一步を辿っている。相当数の社会科学者は、その点に疑問を差し挟まず、さまざまな根拠をあげて、生存権保障・社会保障の必要性を強調してきた。その論拠は何であり、それらがどこまで正当であるのか」という主張。阪本昌成「憲法理論Ⅲ」二八四～二八五頁（一九九五）。

(10) たとえば、「国民の生存や福祉は立法府によって保障されるべきものであり、それを個人の権利として裁判所によって実現しようとするには無理がある」、「多くの学説は、生存権が人格と深く結びついていることを理由に、『厳格な合理性の基準』の適用を主張している。しかし、生存権について、最低限度の合理性基準よりも厳格な審査を正当化できるのかは疑問である。政治参加のプロセスに不可欠な権利の制約ではない以上、基本的には生存権の問題は政治プロセスで決着を図るべきであり、裁判所は国会の判断を尊重し緩やかな審査をすべきであろう」という主張。松井茂記『日本国憲法（第二版）』五三二～五三三頁（二〇〇一）。

(11) たとえば、わが国では、平成七年勸告「にとどまらず法理論の次元でも、生存権・最低生活保障・国家による給付といった従来の典型的なとらえ方では、もはや現在の社会保障法の全体像を把握できない状況に立ち至っている」とし、「社会保障におい

て国家が果たすべき役割がもはや絶対的なものではない」こと、「生存権理念の下、絶対的ともいい得た国家—国民の二当事者関係から、国家の役割が変容しつつあることは、両者の中間にある『社会』の存在が改めて浮き彫りになってきたこと」、「社会保障をめぐる様々な施策はもはや『最低生活水準』を越えた『すこやかで安心できる生活の保障』へと主眼をおくに至っている」こと等の指摘。菊池馨実『社会保障の法理念』一六一—一七頁（二〇〇〇）。同論者は、「社会保障の第一義的目的が国民の生活保障であるとしても、より根源的には、個人の自立（自律）の確保（支援）が社会保障の目的である。共同体内での他者とのつながりを前提としながらも、個人が自らの人生を主体的に追求できること、それ自体に価値があり、そのための条件整備を図ることが、社会保障の究極的な目的である。近時の制度改正にも、介護保険、成年後見、社会福祉基礎構造改革をめぐる議論のなかで、高齢者など対象者の『自立』が改革にあたつての理念として挙げられることが多い」という。加藤他・前掲注（一）六頁。その他、平成一三年六月一二日の司法制度改革審議会の意見書——「国民の一人ひとりが、統治客体意識から脱却し、自律的にかつ社会的責任を負つた統治主体として、互いに協力しながら自由で公正な社会の構築に参画し、この国に豊かな創造性とエネルギーを取り戻そうとする志」——を引用しながら、「この流れに位置づけられる社会保障制度改革もまた、憲法学の関心を惹き付けずにはおかない」、「そこでは、自分自身の生の観念を構想し、『自律的にかつ社会的責任を負つた』個人にとって、社会保障制度はどのようなものであるべきかが問われている」、「『社会保障の構造改革は、『自由で公正な社会』における『公正な社会の基本構造』のあり方をどうとらえるか、という、憲法学にとつて極めて根源的な問いを含んでいる」という主張もある。尾形健『「福祉」問題の憲法学——『自由で公正な社会』における社会保障制度の意義』ジュリ一二四四号一〇九頁（二〇〇〇）。

（12）詳しくは、拙稿『我が国における司法消極主義と積極主義——視点の設定——』南山法学二五巻二号八五頁（二〇〇二）参照。

二 消極主義のテクニク

《消極主義Ⅰ》

(一) 「処分性なし・訴えの利益なし」テクニク

A 概要

これは、訴えを、処分性がない、訴えの利益がないとして斥けるテクニクである。

B 裁判例

(1) 〈児童扶養手当(開始日)／取消〉平成三年二月五日京都地判⁽¹⁾(判タ七五一号三三八頁、②↓5・10・5)〈児童扶養手当(開始日)／取消〉大阪高判⁽²⁾は、知事に対する父による不支給処分の取消請求の訴えに対し、訴えの利益がなく、不適法として却下する⁽³⁾。原告母の取消請求の訴えに対しては、「取消訴訟の対象となる行政処分とは、行政庁の対外的な意思表示であつて、公権力の主体たる国又は公共団体が行なう行為のうちで、その行為により直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」、「被告知事が行なつた本件児童扶養手当の認定も、支給開始年月を基準時として、それ以降の支給資格及び手当の額を認定したものである」といふべきである」、「昭和五六年四月を基準時とした支給資格と手当の額を認定した本件認定処分とは別に、原告ら主張の昭和五四年一月から同五六年三月末日までの児童扶養手当を支給しない旨の独立した処分があることは」、「これを認めるに足る的確な証拠がない」とし、「児童扶養手当の支給をしない旨の独立した行政処分が存在するものではなく、その取消の訴えは不適法である」として却下する。

(2) 〈児童扶養手当(開始日)／取消〉大阪高判平成五年一〇月五日(訟月四〇巻八号一九二七頁、①↓3・2・5)〈児童扶養手当(開始日)／取消〉京都地判は、母による児童扶養手当不支給処分取消の訴えについて一審の判断を維持する。さらに、控訴審での新たな予備的請求——認定請求時から児童扶養手当を支給するとした処分の取消しを求める——

についても、「予備的請求の追加が出訴期間經過後になされた」のみならず、本件処分は昭和五六年四月分から原告「である母」に手当を支給することを内容とするものであって、それ自体としてはなんら原告らの権利若しくは利益を侵害するものではないから、原告らにその取消しを求める法律上の利益は存在しない」とし、いずれにせよ不適法とする。

(3) 〈ヘルパー（不承認）／取消〉 東京地判平成八年七月三十一日⁽³⁾（判時一九九三号四一頁）は、ホームヘルパー派遣の申請を不承認ないし部分承認とする通知の取消しの訴えについて、「取消訴訟の趣旨、目的及び行政事件訴訟法九条の文言等よりすれば、処分の取消しを求める訴えの利益の存否は、原則として、口頭弁論終結時において当該処分が取消判決によつて除去すべき法的効果を有しているか否かによつて決すべきである」、「本件各通知が違法であるとして取り消された場合には、法的には本件各通知に対応する原告のヘルパー派遣申出がある状態に戻るようになるが、口頭弁論終結時においては、原告が「交通事故による怪我から回復し、もはや介護者要件に該当すべき状態にない」、「そうすると、仮に本件各通知が取り消されたとしても、現時点において再度原告世帯に右各派遣申出に基づいてヘルパーが派遣される可能性はない」とし、「本件各通知の取消しを求める訴えの利益はない」と却下する。

(4) 〈ヘルパー（変更措置）／取消〉 大阪地判平成一〇年九月二十九日⁽⁴⁾（判タ二〇二二号一五〇頁）は、事務所長の決定が原告の申請を拒否する内容の行政処分としての性質を有するかについて、老人福祉法一〇条の四が国民に申請権を与えているかを検討し、「ホームヘルパーの派遣又はその変更について、申請権を認める立法政策を採っている」と解することは困難、「本件要綱や本件要領が法の具体的委任に基づいて右の内容の規定を設けたものであるとも認められない」、「派遣の措置を求める者にその申請権を認めることも立法政策としては十分に考えられるが、本件において、原告の本件変更申請書の提出により原告が求めた内容とおりの派遣決定ないし派遣変更決定がされな

かったからといって、本件変更決定を原告の申請を(一部)拒否するとの内容の行政処分と解することはできない」とする。しかし、派遣措置の解除手続である老人福祉法一二条と法一二条の二等を検討し、「法は、右の措置の解除については、いったん決定により右の措置を受ける地位を取得した者から、その利益を奪い、又はこれを制限する不利益処分として、これを行政処分としていることが明らか」とし、さらに、ホームヘルパー派遣の「措置を求める申請権自体は是認できないとしても、新たにホームヘルパーを派遣する旨の措置は、名宛人に対し、右措置の内容に従ったホームヘルパーの派遣を求める法律上の地位を付与する、名宛人に有利な行政処分と解するのが相当であり、派遣の措置の変更は、従前の措置の内容に比較して名宛人に不利な部分は措置の一部解除としての不利益処分、名宛人に有利な部分は新たな利益処分として、いずれも、行政処分と解すべき」としつつも、「利益処分に對しては、名宛人はその取消しを求める法律上の利益はない」、「本件において、本件派遣変更決定は、それまで週二回・一回二時間しかホームヘルパーが派遣されず、その内容も家事介護に限定されていたものを、週三回・一回二時間のホームヘルパーの派遣とし、その内容を身体介護をも含めるものにしたのであるから、既に生じていた派遣を求める原告の権利を処分の名宛人である原告にとって有利に変更する処分であるといわざるを得ない」、「本件変更決定は、行政処分ではあるが、原告にはその取消しを求める法律上の利益はない」とし、本件変更決定の取消しを求める部分は不適法であるから却下を免れないとする。

C このテクニックを支える思想

(1) 生存権観

上記諸判決は、全般的に見て、生存権に積極的にコミットするとはいえないが、一部、コミットする判決も見られる。

(a) 生存権への積極的コミット

(ア) 憲法二五条へのかなりのコミット

《児童扶養手当（開始日）／取消》 京都市判平成三年二月五日と同一事件である京都市判《児童扶養手当（周知）／国賠》平成三年二月五日は、後述のように、「手当法のように」「認定請求主義（非遡及主義）をとる社会保障について、担当行政庁の周知徹底等の広報義務は」、「憲法二五条の理念に即した手当法一条、七条一、二項の解釈から導き出されるものであつて、社会保障ないし社会福祉制度の実効を確保するためのものであり……」とし、生存権にかなりコミットしている。また、《ヘルパー（不承認）／取消》 東京地判平成八年七月三十一日と同一判決である《ヘルパー（不承認）／国賠》 東京地判平成八年七月三十一日は憲法に言及しないが、国賠請求を認めている。

(b) 生存権への消極的コミット

(ア) 老人福祉法には、ホームヘルパー派遣の申請権があることを窺わせる規定はなく、自治体の要綱や要領が法の具体的委任に基づいて右の内容の規定を設けたものであるとも認められない。

《ヘルパー（変更措置）／取消》 大阪地判平成一〇年九月二十九日は、老人福祉法一〇条の三——「市町村は、六五歳以上の者であつて、身体上又は精神上の障害があるために日常生活を営むのに支障があるものが、心身の状況、その置かれている環境等に応じて、最も適切な処遇が受けられるように居室における介護等の措置及び特別養護老人ホームへの入所等の措置の総合的な実施に努めなければならない」——、同一〇条の四第一項——「市町村は、必要に応じて、次の措置を採ることができる」——を引用し、「法は、市町村に対し、右各規定の内容に従つた措置の総合的な実施に努めるべきことを定めてはいるが、個々人がホームヘルパー派遣の申請権を有すること、あるいは、これを前提とした申請の手続や派遣の措置が認められなかった場合の不服申立てに関する規定はなく、右の申請権があることを窺わせるような規定もない」、「本件要綱及び本件要領は、行政庁の内部規則にすぎず、議会の

議決によつて成立する条例のように法規範性を有するものではないから」、「ホームヘルパーの派遣の措置を求める申請権を認める根拠とすることはできない。なぜなら、法律ないし条例の委任を受けない行政庁の内部規則の定め如何によつて申請権その他の権利義務の有無を決するものとすることは、議会の意思に基づかずに国民の権利義務に変動を与えることを認めることとなり、かえつて、国民の権利利益が行政庁の恣意により左右されることを認めることになりかねないからである」という。

(2) 司法哲学

〈児童扶養手当(開始日)／取消〉京都地判平成三年二月五日のように、他の争点において積極的な司法哲学を窺わせる判決も見られるが、全般的には積極的な司法観を内在させるとはいえない。

D このテクニクをめぐって

(1) 児童扶養手当関係

〈児童扶養手当(開始日)／取消〉京都地判平成三年二月五日が、行政事件訴訟法九条の「法律上の利益を有する者」を狭く解し、父には訴えの利益がないとした点について、「本件不支給処分を取り消しても、事実上の利益は別にしても」、父「にはなんら法律上の利益が生ぜず」、父「には本件不支給処分を取り消す訴えの利益がないと解すべきである。また、このように解したとしても」、母「には原告適格が認められるため」、父「に原告適格を認めるべき実質上の理由もない」ので、父「の訴えを却下した本判決」は、正当⁽⁵⁾というコメントがある。また、判決が、取消訴訟の対象となる行政処分は存在せず、取消しの訴えは不適法であるとした点について、「認定請求前の手当を支給しないとする処分はなく、したがって取消しの訴えを却下した本判決は妥当」、「むしろ、このような不支給処分ととらえるのではなく、被告知事による昭和五十六年五月二十八日付の手当の受給資格認定処分の取消しを

求めた方が」母の「原告適格が認められる可能性があつた」という指摘がある。⁽⁶⁾

(2) 老人福祉関係

〈ヘルパー（不承認）／取消〉 東京地判平成八年七月三一日が、原告の訴えの利益はないとした点について、「一般に処分によつて損害を被つたとする者がその損害賠償を請求するためには、当該処分の取消し又は無効確認を求めらるる必要もない。したがつて、既に傷が癒えてヘルパーの派遣が必要なくなっている本件においては、原告に訴えの利益がないと判断せざるをえない。その意味で、訴えの利益なしとした裁判所の判断は妥当」というコメントがある。⁽⁷⁾

〈ヘルパー（変更措置）／取消〉 大阪地判平成一〇年九月二九日が、措置決定によつて形成された高齢者の介護サービス受給が法的な保護に値する権利であると捉え、それを不利益に変更する措置決定については、受給者に取消しについての法律上の利益があると判断した点について、「措置決定に基づくサービス供給を反射的利益にすぎないとしてきた従来の行政解釈」を否定し、措置決定に基づくサービス受給の権利性を積極的に肯定する、従来の有力学説に近い立場を採つた「はじめての裁判例であり、非常に注目される」というコメント、⁽⁸⁾ 他方、申請権がないことを理由に事務所長の決定の処分性自体を否定したことについて、「生活保護給付を除く福祉サービスの申請権について、行政解釈では一貫してそれを認めないという立場がとられて」おり、「本判決も基本的にこうした行政の解釈に沿つたものである」が、「申請に対して一定の応答義務が制度上想定されていると考えることが妥当」という批判、また、判決が、申請権を否定する根拠の一つとして要綱の行政内部規則性をあげたことについて、「内部基準が裁量基準として、平等原則や信頼保護の問題が問われる場面で一定の法的拘束力をもつことは、判例などでも認められていることであり」、「さらに本件の場合、要綱が市政だより等によつて申出方法とともに市民に広く公表されていることも考え合わせると、要綱の法規範性についてもっと積極的に解する余地があつた」と

いう批判、また、判決が、本件変更決定の法的性格につき処分性を肯定したものの、有利な処分だとして訴えの利益がないとした点について、「たしかに理屈としてはそのように言えるのかもしれないが、しかしこれは、あまりに形式的な判断である」、原告は、「週七回への変更を求めているのであるから、週三回しか認めなかった」事務所長の「決定に司法判断を求める利益があることは明らか」という批判等がある。⁽⁹⁾その他、「本判決が、不利益変更決定以外の決定について、処分の名宛人の原告適格を否定し、取消訴訟による利益回復の道を閉ざした点は、今後の同様の訴えの提起に少なからず影響を及ぼすであろう」等のコメントがある。⁽¹⁰⁾

注

- (1) 原告である母と聴力障害をもつ父は、昭和五三年四月ころ、事実上の婚姻をし、同五四年一月四日、子を出生し、児童扶養手当法の昭和六〇年改正前の四条一項により、児童扶養手当の受給資格を取得した。原告らは、昭和五六年三月四日、被告知事に対し、子出生の日以降の手当支給の認定申請を行ったところ、被告知事は、母に対し、昭和五六年五月二八日付児童扶養手当認定通知書によって、母に受給資格があることおよび手当額が月額金二万九、三〇〇円であることを認定し、昭和五六年四月分から右手当額を支給することを決定すると同時に、昭和五四年一月四日から五六年三月末日までの手当については支給しない旨の決定（本件不支給処分）をした。原告らは、知事に対し不支給処分の異議申立てをしたが棄却され、厚生大臣に対する審査請求も棄却されたので、不支給処分の取消訴訟を提起した。原告らは、同処分は、憲法二五条に違反する——「手当法は憲法二五条の規定の要請に基づく母子世帯及び障害者世帯等の最低生活を保障する法として位置付けることができる。とくに、成長発達途上にある児童にとつて、日々の生活状態の安定は、その心身の健全な成長発達を保障するという観点からみても重要な要素であり、従つて、手当は、児童の健全な成長発達権及びその生存権にとつて必要不可欠なものであつて、児童が成長発達していく上で、出生後一刻たりとも監護が放置されてはならない」という特質に鑑みると、児童の出生のときからこれを支給するのが、憲法二五条の要求するところである」、「憲法二五条が規定する生存権は、ある程度抽象的、相対的概念であるかもしれないが、生存権が国民の具体的権利として規定されている以上、国には、これを保障する社会保障の具体的内容を、文化の発達の程度、経済的、社会的条件、一般的な国民生活状況等の進展に伴つて向上発展させていくべき法的義務がある。国は、かかる向上義務をつくし、成長発展している具体化された生存権を国民に保障するため常に適切な法律を制定していかなければならない。

したがって、生存権が抽象的、相対的概念であるからといって、無制限な立法裁量が許されることにはならない」、手当法は、「憲法二五条の規範的要請を受けた最低生活を保障する法の分野に属するが、本件で問題となっている受給資格者及び支給要件に挙げられている者」「の生きる権利に関わり、またその生存の緊急性に関わるのみならず、原告ら及び」子が「自らの非権利状態を政治的過程の課題とし、非司法的方法により救済を得るには、あまりにも少数者であり過ぎる。かかる分野での立法裁量の余地は大幅に縮小され、『狭い立法裁量論』が適用されなければならない」、「手当法における非遡及主義は、立法裁量の範囲を逸脱している。手当法四条の支給要件を備えた受給資格者に与えられる手当の受給権は、同法によつて具体化された権利ではあるが、手当法という単なる法律上の権利にとどまるものではなく、憲法二五条に由来する憲法上の権利として、健康で文化的な人間らしい生活を営むために既に当然に発生していると考えられるから、これを合理的理由なく制限する手当法七条一項の規定は、憲法二五条に違反する」——という。また、憲法二三条違反、二六条違反、憲法一四条違反——手当法七条一項の規定は、「手当の受給資格のある生別母子世帯ないしそれに準ずる世帯の母と、母子福祉年金の受給資格のある死別母子世帯の母とを、給付の始期において差別的に取り扱う」——も主張する。他方、被告知事は、昭和五十六年五月八日付児童扶養手当認定処分は、母が、児童扶養手当を請求した時点において、手当の受給資格を有していることを認定し、同年四月分から手当を支給することとした処分であつて、昭和五十四年一月四日以降昭和五十六年三月末までの児童扶養手当を支給しないことを内容とする処分ではなく、本件不支給処分は存在しないという。また、父には、本件不支給処分の取消しを求める法律上の利益がなく、取消しを求める原告適格がないという。手当法七条が憲法二五条に違反するとの原告の主張については、堀木訴訟最高裁判決の立法裁量論を援用し、「母子福祉年金制度と児童扶養手当制度の目的、性格等の違いを考慮し、児童扶養手当制度がその時々での所得保障を行なうものであることに着目して、手当の非遡及主義を採用したものであつて、そこに著しい合理性の欠如、明らかな裁量の逸脱、濫用を認めることはできない」という。手当法七条が憲法一四条に違反するとの主張については、「国民年金のうち、母子福祉年金は、一家の生計の中心となつていた夫が死亡したという保険事故が生じた場合に当該世帯の低下した稼得能力を補填するために支給されるものであり、保険料の納付要件が緩和されている点に特色があるが、あくまで基本的な年金制度に対する経過的ないし補完的な制度として国民年金制度の中に位置付けられている」のに対し、「児童扶養手当は、離婚のような、本人の意思による原因に係る場合を含め、広く父と生計を同じくしていない児童又はこれと実質的に同じ状態にある児童を幅広く捉えてその母又は養育者に対して支給するものであり、母子福祉年金等のように事故発生による所得の低下を補填するものではなく、その時々々の状態に着目して児童の福祉の増進を図るものであること、社会保険方式のように保険料の拠出を前提としていないことの諸点に母子福祉年金等の公的年金給付制度とは制度の目的、性格の違いがある」、「児童扶養手当制度と母子福

祉年金制度の目的及び性格の違いを検討すれば、両者の相違は合理的な理由に基づく」と反論する。後述するように、原告母は、さらに、主位的請求として公法上の債権による支払請求を、さらに、予備的請求として、知事が児童扶養手当制度の周知徹底義務を怠ったことについて損害賠償を求めた。

(2) 判決は、「行政事件訴訟法九条にいう当該処分取消を求めるとき『法律上の利益を有する者』とは、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者をいう」、「手当法に基づく受給に関する処分の法律上の効果として、直接自己の権利を侵害される者は、この場合、児童の母又は養育者であると主張する者」だとし、父には、法律上保護された利益があるとはいえないとする。

(3) 東京都大田区は、身体上又は精神上の障害があつて日常生活を営むのに支障がある高齢者の家庭に対し、高齢者ホームヘルパーを派遣して高齢者の日常生活の世話を行うべく、大田区高齢者ホームヘルプサービス事業実施要綱および大田区高齢者ホームヘルプサービス事業取扱要領を定めた。交通事故に遭い、入院等のため、精神障害者である母親の介護ができなくなった生活保護受給者が、大田区洗足福祉事務所長に対してホームヘルパーの派遣を何度か申請したが、福祉事務所長は、第一通知において、ヘルパー派遣を原告の退院日までしか認めず、第二ないし第四通知において、ヘルパー派遣を全く認めなかった。原告は、右各通知は、憲法二五条、一三条、老人福祉法四条、二条および大田区要綱等に違反し、違憲違法であるとして取消しを求めて出訴した。なお、後述するように、原告は、大田区に対し、右各不承認による損害の賠償も求めている。

(4) 大阪市は、老人福祉法一〇条の四第一項一号の老人福祉支援体制の整備の一環として、平成四年四月、大阪市ホームヘルプサービス事業運営要綱およびその事務細則である大阪市ホームヘルプサービス事業事務処理要領を定め、これらに基づきホームヘルパーの派遣を行っていた。市営住宅において長男と二人で居住している明治四〇年生まれの女性が、昭和六二年、当時の住所であった大阪市旭区の福祉事務所長に対して家庭奉仕員（ホームヘルパー）の派遣申請を行い、同年七月二〇日付で、週二回・一回二時間、家事介護のためのホームヘルパーの派遣を受けていた。平成七年一月二一日、福祉事務所長に対し、現在の家事介護型ヘルパーに加え、身体介護型ヘルパーを週七回・一回三時間派遣し、食事介護・排泄介護・身体清拭・洗髪をすることを求めるホームヘルパー派遣変更申請書を提出した。福祉事務所長は、平成八年一月八日付で、原告に対し、食事介護、排泄介護、身体清拭、洗髪という身体介護を含むが、派遣時間および回数、週三回・一回二時間という、従前に比べて派遣回数を週一回増やした派遣変更決定をした。原告女性は、この変更処分を違憲、違法だとして変更処分の取消しを求めた。原告は、「憲法一三条及び二五条によって抽象的権利として保障された高齢者の介護サービスの受ける権利は、老人福祉法一〇条の三、一〇条の四、一一條、二〇条の八等の諸規定によって具体的権利となつた。特にホームヘルパーの派遣を求める権利につい

では、市町村が厚生大臣の定める標準を参酌して自ら策定する市町村老人福祉計画に基づき、政令」で定める基準に従い、厚生省令」で定めるサービス内容で実施するホームヘルプサービス事業によってホームヘルパーの派遣を求めることができる」とが具体的権利として保障されている。その権利の内容は、憲法一三条及び二五条からは、要介護高齢者が居宅において『個人としての尊厳を保ちながら、日常生活や社会生活を送ることができるよう、日常生活の維持を図るために必要なサービス』を受けられることができるというものである」と主張する。これに対して、福祉事務所長は、老人福祉法一〇条の四第一項の規定は国民に申請権を与えたものではなく、原告は、ホームヘルパーの派遣ないし派遣変更について申請権を有しないから、本件変更決定は処分性を有しない等述べ、取消しを求める法律上の利益はないと反論する。後述するように、原告は、大阪市に対しては国賠訴訟も提起した。

(5) 堀勝洋・季刊社会保障研究二七卷二二〇三頁(一九九一)。

(6) 堀・前掲注(5)二〇四頁。その他、「たしかに、その支給開始年月日の認定により、論理的には支給要件に該当した時点から当該支給開始年月日までのいずれの時点についても支給開始日とする認定がされなかったことになる。しかし、それは、支給処分の内容の一部を構成することになっても、支給処分と別個の不支給処分を構成することにはならないであろう。そうだとすると、本判決が指摘するように、本件支給処分そのものを問題とする方がより直截的な争い方であったであろう。そうすることにより、訴訟要件の審理なり、本案審理において支給開始年月日の認定の根拠規定である法七条一項の合憲性そのものを争うことができたのではなからうか」(本多滝夫・判地治九三号一〇二頁(一九九二))というコメントも同旨。二審における新たな予備的請求——認定請求時から児童扶養手当を支給するとした処分の取消しを求める——は、これらのコメントにそつたものといえる。

(7) 秋元美世・季刊社会保障研究三四卷三三〇四頁(一九九八)。

(8) 倉田聡・ジュリ一五九号一〇七〜一〇八頁(一九九九)。

(9) 秋元美世・別冊ジュリ一五三号二三三頁(二〇〇〇)。

(10) 嵩さやか・季刊社会保障研究三五卷二二三頁(一九九九)。その他、前田雅子・賃金と社会保障一二四五号一九頁(一九九九)、本訴訟の弁護団の立場として、阪田健夫・賃金と社会保障一二四五号四九頁(一九九九)参照。

〔付記〕 本研究は、二〇〇三年度南山大学パツへ研究奨励金Ⅰ・Aによる研究の一部である。